

Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur : een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming

Citation for published version (APA):

van Leeuwen, B. H. A. (1990). *Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur : een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Rijksuniversiteit Limburg. <https://doi.org/10.26481/dis.19900920bl>

Document status and date:

Published: 01/01/1990

DOI:

[10.26481/dis.19900920bl](https://doi.org/10.26481/dis.19900920bl)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 06 May. 2023

SAMENVATTING

Algemeen

Organen van het overheidsbestuur worden reeds vele jaren geconfronteerd met beginselen van behoorlijk bestuur, die met name in literatuur en rechtspraak zijn ontwikkeld. Het besluitvormingsproces binnen en van die organen wordt door beginselen genormeerd en gelegitimeerd. Een andere belangrijke functie van deze beginselen is de rechtsbescherming van de burger.

In dit onderzoek staat centraal de vraag of het bestuur van een particuliere onderneming ook door beginselen wordt genormeerd. Daartoe is, geïnspireerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onderzocht of in wetgeving en rechtspraak aanwijzingen zijn te vinden voor beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. In het bijzonder geschiedde dit door aandacht te schenken aan de rechterlijke interpretatie van vage wettelijke normen, die betrekking hebben op het bestuursorgaan en/of de vennootschap c.q. de onderneming:

goede trouw (art. 2:11 BW, art. 2:15 NBW), 'onjuist beleid' (art. 2:350 BW, wanbeleid (art. 2:355 BW) en kennelijk onredelijke besluiten (art. 26 lid 4/5 WOR).

Het formuleren van beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur is enerzijds van belang voor de consistentie van het recht dat van toepassing is op het besturen van ondernemingen en kan anderzijds ook aan de uitoefening van dat bestuur gezag verlenen. In het algemeen kunnen dergelijke beginselen als rechtsnormen worden aangemerkt en zal handelen in strijd daarmee in beginsel in strijd met het recht zijn. Binnen het ondernemingsrecht kan strijd met het recht daarin worden gezocht dat het schenden van beginselen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid die de wetgever in het algemeen binnen rechtspersonen vereist (art. 2:7 BW, art. 2:8 NBW). Deze redelijkheid en billijkheid worden door de rechter ook meer in het algemeen in ondernemingsverhoudingen, bijvoorbeeld in relatie met de ondernemingsraad, tot uitgangspunt genomen.

Hoewel uit het voorgaande blijkt dat ik mij in dit onderzoek heb laten inspireren door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mag duidelijk zijn dat ik mij evenzeer rekenschap heb gegeven van de fundamentele verschillen tussen bestuursrecht en ondernemingsrecht. De overheid

heeft een dienende functie ten opzichte van de burgers. Het ondernemingsbestuur moet de onderneming besturen, waarbij moet worden samengewerkt met andere organen, die soms zelf ook een belangrijke zelfstandige 'bestuurs'bevoegdheid hebben.

Een belangrijk gedeelte van de bestuurstaak in een onderneming bestaat uit samenwerking met andere organen, die ieder hun eigen taken en bevoegdheden hebben. Met betrekking tot elk van deze organen is onderzocht welke taak zij ten aanzien van beleidsvoorbereiding of verantwoording hebben. Voor de bepaling van de mate waarin zij invloed kunnen uitoefenen op het bestuur is gebruik gemaakt van termen als volledige en marginale toetsing. Vastgesteld kan worden dat de aandeelhoudersvergadering bij het gebruik maken van haar bevoegdheden volledig toezicht kan uitoefenen op het bestuur. Hetzelfde geldt voor de raad van commissarissen. Een kleine kern van bestuurstaken, m.n. het dagelijks bestuur kan het bestuur geheel naar eigen inzicht verrichten, zonder controle door enig orgaan binnen of buiten de vennootschap. De ondernemingsraad kan op het terrein van art. 25 WOR in feite slechts de rechtmatigheid van een besluit (laten) toetsen, omdat hij alleen door het inroepen van een rechter een besluit kan tegenhouden.

Het eigenlijke onderzoek

De beleidsvrijheid is de rechtspersoon, als privaatrechtelijk rechtssubject, gegeven om de eigen (door de oprichters gekozen) doelstellingen na te streven; het bestuur heeft als vertegenwoordiger van dat rechtssubject een daarvan afgeleide vrijheid om dat doel, of het ruimere doel, het ondernemingsbelang, te dienen. Over de wijze waarop doel het beste kan worden bereikt beslist het bestuur in vrijheid. Het bestuur is daarbij beperkt door de redelijkheid en billijkheid van art. 7 BW, maar aan de overtreding van *deze* norm zijn geen rechtsgevolgen verbonden.

De kern van het onderzoek bestaat uit een analyse van de in de wet vermelde normen, die op de *vennootschap* respectievelijk op de *ondernemer* en dus q.q. op het ondernemingsbestuur rusten.

Op grond van deze normen kan de rechter de volgende beslissingen nemen:

- vernietiging van een besluit wegens strijd met de goede trouw,
- het instellen van een enquête indien ernstig wordt getwijfeld aan de juistheid van het beleid,
- de beslissing inzake wanbeleid en de daaraan verbonden voorzieningen en
- de intrekking van bepaalde besluiten in de zin van de WOR in geval van kennelijke onredelijkheid.

Uit de rechtspraak op deze normen blijkt dat de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur respecteert door middel van een marginale toetsing van de belangenafweging.

De grens die de rechter stelt aan deze vrijheid wordt gevormd door wettelijke- en andere rechtsnormen, en met name door het verbod van willekeur. Deze grens is overschreden indien "geen redelijk handelende onderneming tot die beslissing kon komen." Aldus geformuleerd geeft de grens van de speciale vrijheid van het ondernemingsbestuur uitdrukking aan de verbondenheid met (meer ethisch getinte) algemene rechtsbeginselen.

Beleidsvrijheid bestaat niet voorzover er rechtsnormen van toepassing zijn op het beleid. Rechtsnormen worden gevormd door geschreven recht (wet, statuten, reglement, besluiten) en door ongeschreven rechtsnormen, waaronder bepaalde beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Overigens kunnen deze rechtsnormen op zichzelf ook een beperkte toetsing voorschrijven.

Hoewel verschillende wijzen van beleidstoetsing bestaan, is de redelijkheidstoetsing de 'echte' marginale toetsing. De mate van marginale toetsing kan van geval tot geval verschillen. De marginaliteit hangt samen met de hoeveelheid en zwaarte van de belangen die binnen de norm moeten worden afgewogen en kan verschillen naar gelang de omstandigheden van het geval.

In dit onderzoek zijn de volgende beginselen geformuleerd:

zorgvuldige belangenafweging / willekeurverbod

Dit beginsel houdt in dat het bestuur bij de bepaling van het ondernemingsbelang de relevante belangen moet afwegen. Dit zijn de belangen van de verschaffers van het eigen vermogen (aandeelhouders), werknemers, het concernbelang en belangen van bepaalde derden.

De afweging moet geschieden op een wijze die redelijk is. Het recht dwingt het bestuur niet om uit alternatieven het beste (bijv. de minst lasten opleverend) te kiezen. De rechterlijke sancties volgen echter eerst indien de door het bestuur gemaakte belangenafweging kennelijk onredelijk is (verbod van willekeur). Voor de afweging van deze belangen in een concreet geval blijken voor de rechter diverse, steeds wisselende, factoren van belang te zijn.

wetmatigheid

Dit algemene rechtsbeginsel houdt in dat het ondernemingsbestuur zich aan de wet, de openbare orde en goede zeden, de statuten en reglementen dient te houden. Er zijn in de rechtspraak weinig gevallen waarin de enkele wetsovertreding voldoende werd geoordeeld voor onbehoorlijk bestuur. Integendeel, er kan worden geconcludeerd dat niet iedere wetsover-

treding tot een vorm van onrechtmatig bestuur leidt. Dit is onder meer afhankelijk van de strekking van de geschonden bepaling, de zwaarte van de schending en de omstandigheid dat de overtreding met enige regelmaat is geschied. Overtreding van materiële normen geldt als ernstiger dan overtreding van formele normen. Overtreding van regels betreffende organisatie van de vennootschap geldt eveneens als ernstig.

Het toepassen van ongeschreven recht contra legem komt slechts bij uitzondering voor.

zuiverheid van oogmerk

Het beginsel van zuiverheid van oogmerk houdt in dat het bestuur zich ten eerste moet laten leiden door het belang van de onderneming en zich ten tweede niet mag laten leiden door persoonlijke (waaronder zakelijke) belangen. Het verbod van détournement de pouvoir houdt in dat het ondernemingsbestuur al zijn bevoegdheden in ieder geval in het belang van de onderneming moet aanwenden. Als een bevoegdheid met een speciaal doel is verleend mag zij echter alleen voor dat doel worden aangewend. Het praktische belang van dit beginsel is gering: speciale bevoegdheden komen in het ondernemingsrecht weinig voor. Bovendien is het bewijs van de werkelijke bedoeling van het bestuur moeilijk te leveren. Belangrijker is het verbod van verstrengeling van belangen, dat inhoudt dat het bestuur zijn privé- (en zakelijke) belangen niet mag laten conflicteren met het ondernemingsbelang. Het bestuur en de bestuurders moeten het ondernemingsbelang dienen. Niettemin is het incidenteel in de wet opgenomen. De statuten mogen vaak anders bepalen.

zorgvuldige voorbereiding

Dit beginsel omvat vele verplichtingen:

De verplichting om gegevens te verzamelen houdt in dat het bestuur voor het nemen van een besluit gegevens moet verzamelen en onderzoek moet instellen. Deze verplichting komt in de rechtspraak negatief tot uitdrukking: als de rechter van oordeel is dat het bestuur onvoldoende gegevens of adviezen heeft verzameld is dit onbehoorlijk. Het bestuur moet - ook als de wet of de statuten dat niet voorschrijven - advies of goedkeuring vragen aan de aandeelhoudersvergadering, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad.

De verplichting om informatie te verstrekken houdt in dat aan degenen die bij de besluitvorming zijn betrokken gegevens worden verstrekt. Welke gegevens dat zijn hangt - behalve van de wettelijke bepalingen - af van de specifieke taak van het orgaan. Informatie moet tijdig worden verstrekt, zodat het betrokken orgaan zijn taak bij de besluitvorming goed kan volbrengen en diens bijdrage van invloed kan zijn op het uiteindelijke

besluit. De informatie moet juist zijn en een getrouw beeld vormen van de situatie.

Het informatierecht van de ondernemingsraad is in vergelijking met de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen sterk. Dit wordt verklaard door de duidelijke wettelijke omschrijving en de wettelijk geregelde afdwingbaarheid.

De verplichting om overleg te voeren met organen die betrokken zijn bij de besluitvorming houdt in dat het bestuur de leden van deze organen in de gelegenheid stelt om aan het overleg deel te nemen, hen voorts tijdens het overleg voldoende tijd en gelegenheid geeft om hun mening te laten geven en hen voldoende informatie geeft ten behoeve van een goed overleg.

Tenslotte mag het bestuur *geen begin maken met de uitvoering van een besluit* voordat de besluitvormingsprocedure geheel is voltooid. Voorbereidingshandelingen zijn geoorloofd.

Geconstateerd werd dat ondernemingsbesluiten vaak sneuvelen op grond van procedurele fouten. Ook werd soms aangetoond dat een zorgvuldige procedure een rechtvaardiging vormt voor een impopulair besluit.

verantwoording

In het ondernemingsrecht komt op vele manieren de verantwoordingsverplichting van het bestuur naar voren: deze blijkt uit de bevoegdhedenverdeling binnen de onderneming, uit de verplichting juiste en getrouwe informatie te verstrekken en meer in het bijzonder uit de motiveringsverplichting. Geconcludeerd werd dat volledig toezicht staat tegenover volledige verantwoording. Dit brengt een motiveringsplicht mee ten opzichte van de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen (behalve wat betreft het dagelijkse bestuur) en een meer beperkte (doch wettelijk verankerde) motiveringsverplichting ten opzichte van de ondernemingsraad.

De *deugdelijkheid* van de motivering is vooral in rechtspraak met betrekking tot de ondernemingsraad aan de orde gekomen. Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat de gegeven motivering feitelijk juist en innerlijk consistent moet zijn. Ondeugdelijk is de motivering in het bijzonder indien de ondernemer met die motivering geen of een ontwijkend antwoord geeft op door de ondernemingsraad gestelde vragen. Dit materiële motiveringsbeginsel is toepasbaar in de verhouding met andere organen.

De rechter hecht veel waarde aan de motieven die ten grondslag liggen aan een besluit of aan het beleid. Hieruit kan worden afgeleid dat het verantwoordingsbeginsel van belang wordt geacht.

vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel komt in de figuren van de toezegging en afspraak voor in het ondernemingsrecht. De toezegging brengt alleen gebondenheid met zich als de belangenafweging van het ondernemingsbestuur (marginaal) door de rechter is nagewogen en niet zeer onredelijk is bevonden. Het vertrouwensbeginsel is, doordat niet iedere schending een vorm van onbehoorlijk bestuur oplevert, geen rechtsnorm.

Afspraken tussen de ondernemer en de ondernemingsraad hebben juridische relevantie op grond van de goede trouw die de betrekkingen tussen ondernemer en ondernemingsraad beheerst.

gelijkheid

Het gelijkheidsbeginsel is van betekenis in het vennootschapsrecht. Het geldt blijkens de wet ten aanzien van aandeelhouders. Het is gebaseerd op de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Afwijkingen van het gelijkheidsbeginsel zijn geoorloofd (en komen ook veel voor), mits deze een statutaire grondslag hebben. Het beginsel heeft een geringe zelfstandige plaats, omdat veelal (in feite) toetsing aan het verbod van willekeur plaatsvindt.

Dit beginsel van gelijke behandeling geldt ook jegens de leden van andere als college optredende organen. De basis daarbij is het principe van collegialiteit.

beheersing van de organisatie

Dit beginsel-in-wording brengt met zich dat het ondernemingsbestuur ervoor moet zorgen dat de besluitvormings- en communicatiestructuur binnen de onderneming zodanig is dat informatie over de toestand van en de gang van zaken in de onderneming bij de verantwoordelijke organen terecht komt, zeker als de toestand van de onderneming zorgwekkend is. Voorts betekent het beginsel dat het bestuur met behulp van zijn gezag als werkgever moet ingrijpen in het gevoerde beleid als de situatie binnen de onderneming daartoe aanleiding geeft.

continuïteit van bestuur

Dit beginsel-in-wording houdt in dat het bestuur ervoor dient te zorgen dat de onderneming niet onbestuurd wordt gelaten. Dat houdt in dat er geen of niet te lang vacatures in de organen van de onderneming mogen bestaan, dat voor opvolging van de (enig) bestuurder tijdig maatregelen worden genomen en dat patstellingen tussen en binnen organen worden opgelost.

Veel van deze bijzondere rechtsbeginselen zijn naar mijn mening rechtsnormen: overtreding ervan betekent in beginsel onbehoorlijk bestuur. De kwalificatie van rechtsnorm brengt mee dat - indien een rechtsnorm is overschreden - een beroep op het ondernemingsbelang ter rechtvaardiging van het gedrag niet altijd slaagt.

De beginselen van verbod van willekeur/zorgvuldige belangenafweging, zuiverheid van oogmerk, zorgvuldige voorbereiding en verantwoording gelden - gezien de frequentie en de nadruk waarmee zij in de rechtspraak en de wet naar voren komen - mijns inziens als elementaire beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.

Het in dit onderzoek ontwikkelde normenstelsel biedt - behalve als referentiekader voor de rechter bij de beoordeling van besluiten en beleid - ook enig houvast voor het toezicht dat de organen van de vennootschap uitoefenen, de aandeelhoudersvergadering, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad. Dezen zijn bij de uitoefening van hun bevoegdheden echter niet aan deze normen gebonden. Voor degenen die deel uitmaken van een bestuursorgaan is het hier weergegeven stelsel een richtsnoer voor de wijze waarop zij de bestuurstaak dienen te vervullen.

SUMMARY

Introduction

For many years now, Dutch public authorities have had to take account of general principles of public administration (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*) primarily developed in the literature and in case-law. These principles set the norms for the decision-making process followed by these public bodies and give it legitimacy. Additionally, they provide legal protection to the population at large. This study focuses on the question of whether similar normative principles are available to the Management of a commercial enterprise. Inspired by the general principles of public administration, the author has investigated both legislation and case-law for evidence of general principles of proper business administration. Special attention was paid to the interpretation given to vague statutory norms, relating to companies, by the courts. These are rules of good faith, incorrect policy, gross mismanagement and 'unreasonable decisions'.

Formulating principles of 'proper management' is important for consistency in legislation applying to the management of companies and furthermore it may provide the authority required for such management. Generally speaking, these principles may be classified as legal norms. Consequently, action at variance with them, would in principle be held to be in conflict with the law. In Dutch company law, conflict with the law obtains where the violation of the principles is held to be in conflict with the norms of 'reasonableness and fairness' prescribed by the legislator for juristic persons (*rechtspersonen*) in general (art. 7 of Book 2 of the Dutch Civil Code and article 8 of Book Two of the New Dutch Civil Code (to be introduced shortly). The judge is guided by these norms in considering corporate as well as industrial relations. Although from the foregoing it is clear that the general principles of public administration formed a point of departure for this study, the author is conscious of the fundamental differences between administrative law and company law. Government's role is to serve the people; Management has to run companies. An important aspect of management is cooperation with other corporate bodies, each with its own duties and powers. For instance, the Shareholders' Meeting (*Aandeelhoudersvergadering*) has inalienable decision-making powers.

Research has been conducted into the type of duties other corporate bodies have in preparing policy decisions or controlling company policy. In trying to establish the extent to which they are able to exercise influence on the Management, the author has distinguished two concepts: 'full control' and 'marginal control'. It may be concluded that the Shareholders' Meeting, in exercising its powers, is able fully to control the actions of the Management. The same holds true for the Supervisory Board (*Raad van Commissarissen*). Day-to-day management, however, may be conducted as Management sees fit, not being subject to control by any corporate or outside body, so long as it remains within the limits of the law. In case of article 25 of the Works Councils' Act, the Works Council (*Ondernemingsraad*) can, in fact, only ask the court to examine the lawfulness of a particular decision, since appealing to the judge is the only means of preventing a decision from being taken.

The Research

A juristic person, with legal personality in Dutch private law, has the discretionary freedom to pursue its objects; Management represents this legal person and derives from it its freedom to serve the Company's objects, or its broader objective, the Company's interest. The manner in which this objective is best achieved is left to the discretion of the Management. This discretionary freedom is constrained by the norms of 'reasonableness and fairness' pursuant to article 7 of the Dutch Civil Code, although no legal consequences ensue from violation of these norms. The central point of this study is formed by an analysis of the statutory requirements imposed on a company (artt. 11, 350 and 355 of Book Two of the Dutch Civil Code and article 26, section 4, of the Works Councils Act). The provisions laid down in these articles are applied by the judge, when he is approached for a ruling on certain aspects of company policy. On the basis of these statutory rules, he may decide as follows:

- to annul a decision by reason of its being in conflict with the rules of 'good faith';
- to order an inquiry, if there is serious doubt about the 'correctness of policy';
- to decide that there has been 'gross mismanagement' and take the appropriate measures; or
- to repeal certain decisions taken, where, pursuant to the Works Councils Act 'unreasonableness' is established on the Management side.

Decided cases reveal that the judge respects the discretionary freedom of the Management in developing a policy and taking decisions, since the process of 'weighing of interests' is only marginally tested. The judge delimits Management's freedom according to statutory and other legal norms, in particular arbitrary behaviour (*willekeur*). The limits of reason-

able behaviour are exceeded where it is clear that no reasonable enterprise would reach a similar decision. When thus formulated, this limit on the special freedom of the Management reveals a close relationship with (more ethically based) general principles of law.

Where legal norms apply to company policy discretionary freedom does not exist. Legal norms exist in the form of both written law (statutes, articles of association, company by-laws, decisions) and unwritten law, including certain principles of 'proper management'. Some of these norms require a form of 'limited testing'.

Although there are various ways of testing company policy, the test of 'reasonableness' is the 'true' marginal test. The 'marginal quality' of the testing may vary from case to case. These variations in marginality are commensurate with the number and the significance of the interests to be weighed and may also vary according to the circumstances.

Principles

In the course of the study, the following principles were formulated by the author:

the principle of the careful weighting of interests against 'unreasonableness'

This principle implies a duty for the Management of a company to weigh, and weight, the interests involved, when defining the Company interest. These are the interests of shareholders, the employees, the concern as a whole, and third parties. This weighting must be conducted in a reasonable way. The law does not compel the Management to choose the best option (for instance the least burdensome). Judicial sanctions, however, may only be imposed, after the weighting of interests by the Management has been proven to be 'unreasonable'. This test of 'unreasonableness' is a fundamental principle of 'proper management'. The courts assessing these cases are faced with a range of changing factors influencing their assessment.

principle of legality

This general principle of law implies a duty for the Management to act within the law, respect public order and public morals, and to adhere to the company's articles of association and by-laws. There are but a few decided cases in which a single contravention of the law was deemed sufficient reason for a ruling of 'improper management'. On the contrary, it may be concluded that violating the law does not automatically result in 'improper management'. This among other things is contingent on the weighting of the provisions contravened, the gravity of the infringement and its frequency. An infringement of the norms of substantive law is

considered more serious than an infringement of a norm of procedural law. Infringing the rules governing the organization of the company is also looked upon as serious. Unwritten law is seldom given precedence over statutory law.

principle of purity of objective

The principle of purity of objective requires that the Management be first and foremost guided by the Company's interest and, secondly, that it not be guided by personal interest, including personal business interests. The prohibition of *dtournement de pouvoir* implies that the Management must exercise its powers in the interest of the Company. A power granted for a special purpose may only be exercised for that particular purpose. In practice, the importance of this principle is a limited one: special powers are seldom granted in Dutch company law. Moreover, it is difficult to prove the true intention of the Management. Of more practical relevance is the prohibition of conflict of interest, which forbids a member of the Board of Management to have private interests that conflicts with the Company's interest. The Management and its individual board members must serve the interests of the Company. However, only a few statutory provisions prescribe sanctions in the event of conflict of interest and the company's articles of association may provide for derogation from these provisions.

principle of careful preparation

This principle includes many requirements:

The requirement to collect information obliges the Management, prior to taking decisions, to collect information and conduct investigations. This requirement is considered not to have been met, if the Management has failed to collect adequate information and/or has failed to solicit adequate advice, and, consequently, the judge will rule that there has been 'improper management' (negative application). The Management is required to solicit advice or ask permission from the Shareholders' Meeting, the Supervisory Board and the Works Council, even if there is no statutory provision nor requirement for this in the articles of association.

The requirement to supply information obliges Management to provide those involved in the decision-making process with the relevant data. The type of information to be supplied is contingent on the specific duty of the body in question, as well as on statutory provisions. The required information must be supplied in due time for the body to play a proper role in the decision-making process and for its contribution to be of influence on the eventual decision. The information must be correct and must be a faithful representation of the situation. The right to information granted to the Works Council, is a 'strong' right compared to the right to information of the Shareholders' meeting and the Supervisory Board, because it is well-defined in statutory law and also enforceable.

The requirement to consult with bodies involved in the decision-making, implies a duty upon the Management to allow the members of these bodies to take part in the deliberations, and furthermore, to provide them with adequate information to ensure a proper exchange of views and to give them the time and opportunity to present their opinions in these consultations.

Finally, the Management may not initiate the implementation of a decision, until every stage in the decision-making process has been passed. Preparatory activity is allowed.

The author has found that in many cases company decisions cannot be implemented owing to a court decision on the grounds of a faulty decision-making procedure. From this it can be concluded that careful preparation is a basic principle of 'proper management'. A carefully executed decision-making process may even justify an unpopular decision.

principles of accountability

The requirement of Management accountability in Dutch company law is conspicuously evident e.g. accountability can be inferred from the division of powers within the company, from the requirement of providing correct and truthful information and, more particularly, from the requirement to state reasons for proposed decisions. The author has found that complete supervision goes with full accountability on the part of the Management. Full accountability entails a duty to state reasons. The requirement that reasons be stated at the Shareholders' meeting and to the Supervisory Board (except where the day-to-day management is concerned) is important. A more restricted duty of stating reasons exists with respect to the Works Council. The validity of the reasons stated has been primarily argued in cases involving the Works Council. From these decided cases, it is concluded that the statement of reasons presented by the Management should be factually correct and the reasons given should be consistent. The statement of reasons is particularly inadequate if the Company has left questions unanswered or has given evasive answers. This principle of validity of stated reasons is a principle of substantive law and is also applicable with regard to the other corporate bodies, the Shareholders' Meeting and the Supervisory Board. The judge attaches considerable weight to the reasons for a decision or a policy. From this it may be inferred that the principle of accountability is considered an important principle of 'proper management'.

principle of legitimate expectations

The principle of legitimate expectations can be found in the legal concepts of 'promise' and 'agreement' under company law. A 'promise' is only binding if the weighting of interests by the Management has been marginally

reweighed by the judge and has not been found grossly unreasonable. The principle of legitimate expectations is - as not every violation constitutes a form of 'improper management' - not a legal norm. Agreements between the Company and the Works Council are not agreements in the sense of Dutch contract law, but they do have legal relevance.

principle of equality

The principle of equality is expressed in various provisions laid down in company law. It is a valid principle where the shareholders are concerned, based on the protection of minority shareholders. Derogations from the principle of equal treatment are permitted (and frequent), provided that they are founded on the articles of association. The principle of equality is a principle in its own right, although, in practice, in many cases the test of 'unreasonableness' will be applied. This principle of equal treatment also applies with regard to the members of the other bodies that operate as councils. It is based on the principle that membership in such bodies by definition requires equal treatment (*collegialiteit*).

principle of control over company organization

This embryonic principle implies the duty of the Management to ensure that the organization of the decision-making procedure and the flow of information within the Company is such that the data on the position and activities of the company reaches the responsible bodies, in particular, if the position of the Company is at issue. Furthermore, the principle implies a duty for the Management, by virtue of its authority as employer, to act to change policy, if the circumstances within the Company so require.

principle of continuity of management

This principle in embryo implies a duty for the Management to ensure that the Company is not at any time left unmanaged. This means that there should be no long-term vacancies in the corporate bodies, that timely measures should be taken with regard to succession of any member of the Management board and that deadlock among and within corporate bodies are resolved.

In the opinion of the author, many of the legal principles defined above are legal norms: in principle, violation of these norms constitutes 'improper management'. When a legal norm has been violated, invoking company interest as a justification for particular conduct is not always successful, precisely because of this qualification.

The system of norms, as found by the author, may be used by the judge as a frame of reference in assessing Management decisions and policies. It

also offers some guidance for the bodies of the Company, i.e. the Shareholders' Meeting, the Supervisory Board and the Works Council, where supervision is concerned. However, these bodies are not bound by the norms. For those members charged with the management of a company, the system presented here may offer guidelines on how to perform their managerial duties.

Vertaald door L.W. Rayar

ZUSAMMENFASSUNG

Bereits seit vielen Jahren müssen Behörden sich an durch Lehre und Rechtsprechung entwickelte Prinzipien ordnungsgemäßen Verwaltungshandeln halten. Die von Behörden genommenen Beschlüsse werden durch derartige Prinzipien normiert und legitimiert. Dabei ist das Rechtschutzinteresse des Bürgers von besonderer Bedeutung.

Kernpunkt dieser Studie formt die Frage, ob auch Organe von Unternehmen an derartige Grundsätze gebunden sind. Inspiriert durch die allgemeinen Prinzipien ordnungsgemäßer Verwaltung wurde untersucht, ob in Gesetzgebung und Rechtsprechung sich derartige Prinzipien für Unternehmen nachweisen lassen. Hierbei stand die Rechtsprechung bezüglich unbestimmter Rechtsbegriffe wie etwa Treu und Glauben, falsche Unternehmenspolitik, Mißwirtschaft und offensichtlich unbillige Beschlüsse, soweit sie sich auf das Handeln von Gesellschaftsorganen bezog, im Mittelpunkt der Forschung.

Die Entwicklung derartiger Prinzipien ist bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Organhandeln von Bedeutung. Auch können Gesellschaftsorgane ihre Handlungsweise aufgrund solcher Prinzipien legitimieren. Grundsätzlich können diese als Rechtsnormen, Zuwiderhandlung als Rechtsbruch, angesehen werden. Im niederländischen Gesellschaftsrecht kann der Verstoß hiergegen als ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben aufgefaßt werden, den der Gesetzgeber für juristische Personen in den Artikeln 2:7 BW (*Burgerlijk Wetboek/Zivilgesetzbuch*) und 2:8 NBW (*Nieuw Burgerlijk Wetboek/Neues Zivilgesetzbuch*) festgelegt hat. Dieser Grundsatz von Treu und Glauben wurde durch die Rechtsprechung allgemein für das Gesellschaftsrecht herangezogen, etwa bei der Beurteilung von Problemen zwischen dem Vorstand und dem *ondernemingsraad* (Betriebsrat).

Obwohl im Rahmen dieser Forschungsarbeit Inspiration vor allem im Verwaltungsrecht und den hierfür entwickelten Prinzipien ordnungsgemäßen Verwaltungshandeln gesucht wurde, wurden die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Gesellschaftsrecht keineswegs geleugnet. Die Verwaltung hat gegenüber dem Bürger eine die-

nende Funktion. Ein Unternehmen muß dagegen durch eine Unternehmensführung geleitet werden, die mit verschiedenen Organen mit wiederum eigenen Verwaltungs- und Entscheidungsbefugnissen zusammenarbeiten muß. Gerade diese Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Gesellschaftsorganen formt einen bedeutsamen Teil der Unternehmensverwaltung. Für jedes dieser Organe wurde untersucht, in wie weit diese zur Formulierung der Unternehmenspolitik beitragen und hierfür verantwortlich sind. Zur Beurteilung der Reichweite ihrer Einflußnahme auf die Unternehmensführung wurden die Begriffe unbeschränkte und beschränkte Überprüfung eingeführt. Dabei kann festgestellt werden, daß die Hauptversammlung der Aktionäre über ein Recht zur unbeschränkten Überprüfung des Vorstandshandelns verfügt (Gesamtaufsicht). Dies gilt ebenso für den Aufsichtsrat. Nur ein kleiner Kern der Geschäftsführung kann durch den Vorstand gänzlich nach eigenem Ermessen ausgeführt werden, d.h. ohne Kontrolle durch ein anderes Organ innerhalb oder außerhalb der Gesellschaft. Der *ondernemingsraad* (Betriebsrat) kann im Rahmen von Artikel 25 WOR (*Wet op de Ondernemingsraden*/ Betriebsratsgesetz) lediglich die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses überprüfen lassen, da er alleine durch gerichtliche Entscheidung die Ausführung eines Gesellschaftsbeschlusses verhindern kann.

Kern der Forschungsarbeit

Eine Gesellschaft verfügt als privatrechtliche juristische Person über die Freiheit, den (von den Gründern festgelegten) Gesellschaftszweck zu verfolgen. Der Vorstand ist als Vertretung der Gesellschaft befugt, diesem Gesellschaftszweck oder im weiteren Sinne den Unternehmensinteressen zu dienen. Der Vorstand kann nach eigenem Ermessen beschließen, wie dieses Ziel am besten verwirklicht werden kann. Hierbei ist der Vorstand an den in Artikel 2:7 BW niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben gebunden, wobei allerdings ein Verstoßeinzig und allein gegen diese Norm an sich keine Rechtsfolgen verursacht. Hierfür bedarf es vielmehr der näheren Ausfüllung und Konkretisierung.

Kern der Forschungsarbeit bildet eine Analyse der gesetzlichen Verpflichtungen (Artikel 2:11, 350 und 355 BW sowie Artikel 26 Absatz 4 WOR), die die Gesellschaft beziehungsweise den Unternehmer und damit die Unternehmensleitung (Vorstand bzw. Geschäftsführer) verpflichten.

Diese Artikel sind die gesetzlichen Normen, die den Gerichten bei der Beurteilung der Unternehmensführung zur Verfügung stehen:

- Aufhebung eines Beschlusses wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2:11 BW)
- Anordnung einer Untersuchung bei ernsthaftem Zweifel hinsichtlich der Korrektheit der Unternehmensführung

- Beschluß zur Feststellung von Mißwirtschaft und damit verbundenen Maßnahmen
- Widerruf bestimmter Beschlüsse im Sinne des WOR im Falle offensichtlicher Unbilligkeit

Aus der Analyse der Rechtsprechung läßt sich nachweisen, daß die Gerichte die Freiheit der Unternehmensführung hinsichtlich der Unternehmenspolitik respektiert, in dem sie diese lediglich einer beschränkten Überprüfung unterwerfen.

Ihre Schranken findet die Unternehmerfreiheit in der Rechtsordnung und, namentlich aufgrund des Willkürverbots. Die Grenze ist dann überschritten, wenn "kein billig handelnder Unternehmer zu einem derartigen Beschluß kommen konnte". Diese Formulierung zeigt den deutlichen Zusammenhang zwischen Unternehmerfreiheit und ihrer Schranken einerseits und den (von ethischen Maßstäben durchdrungenen) allgemeinen Rechtsprinzipien andererseits. Unternehmerfreiheit besteht nicht, falls Rechtsnormen diese beschränken. Der Normenkatalog setzt sich aus geschriebenen (Gesetze, Verordnungen, Satzungen, Beschlüsse) und ungeschriebenen Rechtsnormen zusammen. Zu den letzteren gehören gerade die Prinzipien ordnungsgemäßer Unternehmensführung. Diese Rechtsnormen können eine beschränkte Überprüfung vorschreiben.

Obwohl verschiedene Möglichkeiten bestehen, die Unternehmensführung zu überprüfen, so ist doch die Frage nach der Billigkeit einer Entscheidung die "echte" beschränkte Überprüfung. Der Maßstab bei dieser beschränkten Überprüfung kann von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Diese Unterschiede ergeben sich durch die verschiedenen Interessen und ihre Bedeutung, die im Rahmen der Norm abgewogen werden müssen, sowie aufgrund der unterschiedlichen Umstände.

Die folgenden Prinzipien wurden formuliert:

Sorgfältige Interessenabwägung/Willkürverbot

Gemäß diesem Prinzip muß die Unternehmensleitung (Vorstand bzw. Geschäftsführer) zur Feststellung des Unternehmensinteresses die verschiedenen Interessen gegeneinander abwägen. Hierbei können die Aktionärsinteressen, die Interessen der Arbeitnehmer, des Konzerns als ganzem sowie die Interessen bestimmter Dritter (Gläubiger) eine Rolle spielen. Die Abwägung muß auf eine angemessene Weise vorgenommen werden. Das Recht legt der Unternehmensleitung keine Verpflichtung auf, von den gegebenen Alternativen die beste Lösung zu wählen (z.B. die kostenneutralste Lösung). Gerichtliche Maßnahmen folgen erst dann, wenn die durch die Unternehmensleitung vorgenommene Interessenabwägung offensichtlich unbillig ist (Willkürverbot). Bei der Abwägung der

unterschiedlichen Interessen scheinen - je nach Fall - verschiedene, stets unterschiedliche Faktoren eine Rolle zu spielen.

Gesetzmäßigkeit

Dieses Prinzip beinhaltet, daß die Unternehmensleitung sich an das Gesetz, die öffentliche Ordnung, die Satzung und Bestimmungen halten muß und dabei nicht sittenwidrig handeln darf. In der Rechtsprechung lassen sich aber wenige Fälle nachweisen, wobei einzig und allein ein Gesetzesverstoß als ein Fall ordnungswidriger Unternehmensführung geahndet wurde. Im Gegenteil, man kann feststellen, daß einzig und allein eine Gesetzesübertretung in der Regel nicht zur Feststellung ordnungswidriger Unternehmensführung führt. Eine derartige Feststellung hängt vielmehr von der verletzten Norm ab, ebenso wie von der Schwere der Verletzung sowie von der Tatsache, ob der Verstoß regelmäßig vorkommt. Der Verstoß gegen materielles Recht wiegt schwerer als eine Verletzung von Formvorschriften. Ein Verstoß gegen die Organisationsstruktur der Gesellschaft gilt ebenfalls als schwerwiegend. Die Anwendung ungeschriebener Normen gegen den Wortlaut des Gesetzes kommt nur in äußerst seltenen Fällen vor.

Lauterheit der Interessen/Verbot des Rechtsmißbrauchs

Gemäß dem Prinzip der Lauterheit der Interessen muß sich die Unternehmensleitung bei ihrer Beschlußfassung einzig und allein von den Unternehmensinteressen bestimmen lassen. Persönliche Interessen (z.B. Geschäftsinteressen) dürfen keine Rolle spielen. Das Verbot des Rechtsmißbrauchs (*détournement de pouvoir*) beinhaltet, daß die Unternehmensleitung ihre Kompetenz in jedem Falle im Unternehmensinteresse ausüben muß. Falls eine Kompetenz zweckgebunden verliehen ist, muß diese auch zweckgemäß ausgeübt werden. Die Bedeutung dieser Regel ist allerdings gering: Zweckgebundene Kompetenzen sind im Gesellschaftsrecht selten, desweiteren ist der Beweis hinsichtlich der wahren Zielsetzung gegen die Unternehmensleitung schwierig zu erbringen. Wesentlich bedeutungsvoller ist das Verbot der Interessenverknüpfung, wonach Privatinteressen sich nicht mit Unternehmensinteressen überschneiden dürfen. Die Unternehmensleitung muß dem Unternehmensinteresse dienen. Nichtsdesto-trotz sind derartige Regeln vereinzelt in Gesetzestexten aufgenommen und darf häufig von Regelungen, die Interessenüberschneidungen verhindern sollen, abgewichen werden.

sorgfältige Planung

Dieses Prinzip umfaßt verschiedene Verpflichtungen:

Die Untersuchungspflicht beinhaltet, daß die Unternehmensleitung vor Beschlußnahme entsprechende Informationen sammeln und untersuchen muß. Die Rechtsprechung geht dabei von einer negativen Feststellung aus, d.h. im Falle, daß das Gericht der Ansicht ist, die Unternehmensleitung habe zu wenig Informationen gesammelt bzw. zu wenig Aufklärung in Form von Gutachten gesucht, dann liegt ein Verstoß gegen das Prinzip ordnungsgemäßer Unternehmensführung vor. Auch dann, wenn weder Gesetz noch Satzung dies vorschreiben, muß die Unternehmensleitung den Rat oder die Zustimmung der Aktionärsversammlung, des Aufsichtsrates und des *ondernemingsraad* (Betriebsrat) einholen.

Die Aufklärungspflicht beinhaltet, daß diejenigen, die an der Beschlußfassung beteiligt sind, die notwendigen Informationen erhalten. Welche Informationen zu geben sind, hängt, abgesehen von gesetzlichen Vorschriften, vom Aufgabenbereich des jeweiligen Organs ab. Die Information muß rechtzeitig gegeben werden, so daß das entsprechende Organ seine Aufgabe bei der Beschlußfassung ordnungsgemäß ausüben kann. Auch muß das Organ in der Lage sein, Einfluß auf den endgültigen Beschluß zu nehmen. Die Information muß richtig sein und den Tatsachenstand korrekt wiedergeben.

Im Vergleich zu Hauptversammlung und zum Aufsichtsrat ist das Informationsrecht des *ondernemingsraad* (Betriebsrates) noch stärker.

Die Verpflichtung zur Rücksprache mit den Organen, die bei der Beschlußfassung betroffen sind, besteht insoweit, als die Unternehmensleitung den anderen Organen die Möglichkeit bieten muß, vor der Beschlußfassung an einer Beratung teilzunehmen. Während dieser muß genügend Zeit zum Meinungs Austausch eingeräumt werden. Auch muß die für einen fruchtbringenden Meinungs Austausch notwendige Information an die Mitglieder der anderen Organe gegeben werden.

Die Unternehmensleitung darf weiterhin nicht mit der Ausführung eines Beschlusses beginnen, vor die Beschlußfassung noch nicht abgerundet ist. Vorbereitende Maßnahmen sind jedoch gestattet.

Festgestellt werden kann, daß Gesellschaftsbeschlüsse häufig aufgrund von Verfahrensfehlern scheitern. Auch wird manchmal auf ein sorgfältiges Verfahren hingewiesen, um eine benachteiligende Interessenabwägung zu rechtfertigen.

Rechenschaft

Im Gesellschaftsrecht gibt es verschiedene Formen für die Unternehmensleitung, um Rechenschaft abzulegen. Diese Verpflichtung zur Verantwortung folgt aus der Kompetenzverteilung innerhalb des Unternehmens, aus der Pflicht zur korrekten Information sowie insbesondere aus der

Begründungspflicht. Hierbei kann festgestellt werden, daß im Falle der Gesamtaufsicht hieraus auch eine volle Verantwortlichkeit fließt, die wiederum eine Begründungspflicht beinhaltet. Dies bedeutet eine erhebliche Begründungspflicht gegenüber der Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat (mit Ausnahme der alltäglichen Geschäftsführung) und eine beschränkere Begründungspflicht gegenüber dem *ondernemingsraad* (Betriebsrat).

Die Stichhaltigkeit der Begründung hat vor allem die Rechtsprechung zum WOR beschäftigt. Laut dieser Rechtsprechung muß die gegebene Begründung korrekt und in sich schlüssig sein. Undeutlich ist die Begründung insbesondere dann, wenn die Unternehmensleitung im Rahmen der Begründung keine oder eine ausweichende Antwort auf die durch den *ondernemingsraad* (Betriebsrat) gestellte Fragen gibt. Dieser an inhaltliche Maßstäbe gebundene Motivierungsgrundsatz gilt auch im Verhältnis zwischen den anderen Organen. In der Rechtsprechung wird den Entscheidungsgründen, die zu einem Beschluß geführt haben, besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Hieraus läßt sich auch die Bedeutung der Rechenschaftsablegung ablesen.

Vertrauensgrundsatz

Die Frage nach dem Vertrauensgrundsatz stellt sich im Gesellschaftsrecht bei Zusagen und Vereinbarungen. Zusagen binden nur dann, wenn die Interessenabwägung innerhalb der Unternehmensführung bei einer marginalen Überprüfung durch das Gericht nicht als unbillig bewertet wurde. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist, da nicht jeder Verstoß als ordnungswidrige Unternehmensführung gewertet wird, keine Rechtsnorm.

Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz gilt aufgrund verschiedener gesetzlicher Regeln auch im Gesellschaftsrecht. Er gilt jedenfalls bezüglich der Aktionäre, wobei der Schutz der Minorität zentral steht. Vom Gleichheitssatz kann abgewichen werden (dies ist auch häufig der Fall), falls eine dementsprechende Regelung in der Satzung aufgenommen worden ist. Als selbstständiger Grundsatz ist der Gleichheitsgrundsatz von geringerer Bedeutung, da oft in den einschlägigen Fällen ein Verstoß gegen das Willkürverbot geahndet wird. Der Gleichheitssatz gilt auch zwischen den Mitgliedern von anderen Kollegialorganen, wobei die Grundlage hier der Kollegialitätsgrundsatz bildet.

Organisationskontrolle

Gemäß diesem Prinzip, das sich bis jetzt noch in statu nascendi befindet, muß die Unternehmensleitung dafür sorgen, daß die Organisations- und Kommunikationsstruktur innerhalb des Unternehmens dermaßen geregelt ist, so daß die verantwortlichen Organe über ausreichende Information bezüglich der Geschäftslage des Unternehmens verfügen. Dies gilt insbesondere im Falle einer besorgniserregenden Lage. Desweiteren muß die Unternehmensleitung laut diesem Prinzip als Arbeitgeber oder als Holdinggesellschaft dann in die Geschäftsführung eingreifen, wenn der Zustand des Unternehmens dazu Anlaß gibt.

Fortsetzung der Unternehmensführung

Gemäß diesem Prinzip, ebenfalls noch in statu nascendi, muß die Unternehmensführung dafür sorgen, daß das Unternehmen nicht führungslos wird. Dies bedeutet, daß Personalstellen in der Unternehmensführung so schnell möglich besetzt werden, für die Nachfolge in der Unternehmensleitung rechtzeitig Maßnahmen getroffen werden müssen und, daß ein Patt innerhalb und zwischen Organen gelöst werden muß.

Viele dieser besonderen Rechtsprinzipien sind nach Meinung der Verfasserin Rechtsnormen mit der Konsequenz, daß eine Zuwiderhandlung im Prinzip als ordnungswidrige Unternehmensführung zu qualifizieren ist. Die Qualifizierung als Rechtsnorm bewirkt, daß im Falle eines Verstoßes hiergegen, das Unternehmensinteresse nicht immer eine ausreichende Rechtfertigung bietet.

Der entwickelte Normenkatalog bietet einerseits einen Bezugsrahmen für die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Unternehmensbeschlüsse und der Unternehmenspolitik, andererseits können auch die Aufsichtsorgane, Hauptversammlung, Aufsichtsrat und *ondernemingsraad* (Betriebsrat) einige Sicherheit bei der Ausübung ihrer Funktion gewinnen. Sie sind bei der Ausführung ihrer Befugnisse nicht an diese Normen gebunden. Für diejenigen, die in der Unternehmensführung tätig sind, sollen die entwickelten Prinzipien als Richtschnur dienen.

Vertaald door Ass. Iur. H. Schneider